Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB.).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Friedrich Behmer

bacc. iur. aus Voßnacken.

ACAD. LOCO BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

Einleitung und geschichtlicher Überblick 1

Zweiter Abschnitt.

Die Theorien über die Gehilfenhaftung 5

Dritter Abschnitt.

1. Die Verbindlichkeit.
   a) Die Verbindlichkeit beruht auf Gesetz oder Vertrag . 12
   b) Die Verbindlichkeit ist obligatorisch oder dinglich . 15
   c) Die Verbindlichkeit kann auch eine Unterlassung zum Gegenstand haben 15
   d) „Echte" und „unechte" Verbindlichkeit 19
2. Die Beziehung der Schädigungshandlung des Gehilfen zur Erfüllung 22
3. Die Erfüllungsgehilfen 30
4. Der Umfang der Haftung 39
5. Die analoge Anwendung des § 278 auf die Fälle des § 254 43

Vierter Abschnitt.

Die Haftung für Dritte nach § 831 50

Literaturverzeichnis.

Asmis, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 278). Diss. Greifswald 1900.

Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.

Bruck im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27.

Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 43.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Abt. 1. Halle 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1903.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.

Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1904.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 16.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Berlin 1902.

Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.

v. Leyden, Die sogen. Kulpakompensation im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht. Berlin 1898.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1907.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1902.

Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg 1896.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse (1900), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Hölder u. a. Bd. 2. Teil 1.

Schroeder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 95.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. München 1907.

Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 33.

Unger in Iherings Jahrbüchern Bd. 30.

Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92 (n. F. Bd. 42).

Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Erlangen 1900.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1906.

Erster Abschnitt.

Einleitung und geschichtlicher Überblick.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Schadensersatzrecht von besonderer Bedeutung. Es nimmt eine hervorragende Stellung deshalb ein, weil es in der Praxis häufig zur Anwendung kommt. Das Schadensersatzrecht regelt die Fragen, wer einen Schaden zu ersetzen hat, wie und in welchem Umfange der Schaden zu ersetzen ist. Bezüglich der ersten Frage über die Ersatzpflicht kann das Recht zwei verschiedene Standpunkte einnehmen. Es wählt einmal das Verursachungsprinzip, d. h. es ist derjenige ersatzpflichtig, welcher den Schaden verursacht hat, einerlei ob ihn dabei ein Verschulden trifft oder nicht. Eine Rechtsordnung kann aber auch das Schuldprinzip aufstellen. „Nicht der Schaden als solcher, sondern lediglich die Verschuldung desselben begründet eine Verantwortlichkeit."[1] Auf diesem Prinzip beruht das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es bestimmt nämlich § 276 BGB.: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu

---

[1] Ihering S. 40.

vertreten". Ebenso bestimmt § 823 BGB.: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper . . . widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet". Eine Ausnahme von diesem Prinzip bildet der § 278 BGB., indem er eine Haftpflicht des Schuldners bestimmt, ohne daß ihn ein Verschulden trifft. Der § 278 lautet: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden". Hiernach haftet der Schuldner für seine Erfüllungsgehilfen, ohne daß ihm ein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Hat er schuldhaft gehandelt, z. B. bei der Auswahl der Gehilfen, so kommt § 278 überhaupt nicht zur Anwendung, sondern § 276.

Im römischen Recht herrschte auch das Schuldprinzip. Von diesem Prinzip gab es nur einige Ausnahmen. So haftete der Gewalthaber für die Delikte eines Sklaven oder Hauskindes mit der actio noxalis, die ihn entweder zum Schadensersatze oder zur Herausgabe des Täters an den Geschädigten, noxae datio, verpflichtete. Ferner waren die Schiffer, Gast- und Stallwirte für den Schaden verantwortlich, den ihre Leute den ihnen anvertrauten Gegenständen bezw. Personen zufügten. Hierher gehören auch die actiones adiecticiae qualitatis: die actiones de peculio, de in rem verso, tributoria, quod iussu, exercitoria und institutoria. Bestritten ist die Haftung des conductor operis für Ver-

schulden seiner Gehilfen. In Betracht kommt hier l. 25 § 7 D. locati conducti 19, 2: „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit“. Diese Stelle hat verschiedene Interpretationen erfahren, je nachdem man das „que“ in der Verbindung ipsius eorumque mit „und“ oder mit „oder“ übersetzt hat.

Im gemeinen Recht wurden die römischen Institute der adjektizischen und Noxalhaftung unpraktisch, da nicht mehr, wie in Rom fast ausschließlich, Gewaltunterworfene, sondern persönlich Freie den ganzen Geschäftsverkehr besorgten. Ob der conductor operis für seine Gehilfen haftete, war noch immer eine große Streitfrage. Die Frage der Gehilfenhaftung wurde namentlich seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, wo Industrie und Handel sich zu entwickeln begannen, lebhaft erörtert. Eine Haftung für Gehilfen verneinten Windscheid[1] und Goldschmidt,[2] es bejahten sie Dernburg[3] und Unger,[4] ersterer nur für den Werkvertrag, letzterer allgemein. In der Praxis vertrat man regelmäßig den Standpunkt, daß der conductor operis für seine Gehilfen hafte. Diesen Grundsatz suchte man, den Bedürfnissen

[1] Bd. 2 § 401 Anm. 5.

[2] Bd. 16 S. 287 ff.

[3] Bd. 2 § 38.

[4] Bd. 30 S. 389 ff.

des Verkehrslebens Rechnung tragend, auf andere Rechtsverhältnisse anzuwenden, bei denen eine „auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Verpflichtung“ in Frage kam. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 278 eine allgemeine Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen.

Zweiter Abschnitt.

Die Theorien über die Gehilfenhaftung.

Für die Anwendung des § 278 ist es von Bedeutung, die ratio legis festzustellen. Es soll daher in diesem Abschnitt auf die verschiedenen Theorien, welche die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen erklären wollen, eingegangen werden. Zunächst ist hier die Erfolgstheorie[1] zu erwähnen, die sich besonders auf den Werkvertrag bezieht. Diese Theorie geht davon aus, daß der conductor operis einen Erfolg versprochen habe und deshalb dafür hafte, daß dieser Erfolg herbeigeführt werde; wenn er sich dabei der Hilfe von Mittelspersonen bediene, so treffe ihn ein Verschulden derselben bei Ausführung der Erfüllung einfach deshalb, weil er den Erfolg an und für sich zu prästieren habe. Diese Theorie ist deshalb nicht zu gebrauchen, weil sie nur die Fälle der Nichterfüllung trifft, also Fälle, in denen das Werk überhaupt nicht oder nur fehlerhaft zustande kommt.[2]) Dagegen kann diese Theorie die Haftpflicht nicht erklären, welche z. B. eintritt, wenn der Gehilfe eine andere als die herzustellende oder zur

---

[1] vgl. Gutachten der Juristenfakultät Halle-Wittenberg über ein vom Obergericht Zürich 1897 gefälltes Urteil S. 55.

[2] Nußbaum S. 19.

Herstellung des opus zu verwendende Sache beschädigt. Auch kommt sie für das heutige Recht nicht in Betracht, weil § 278 eine allgemeine Haftung des Schuldners für seine Gehilfen anordnet.

Ebenso ist die von Ubbelohde[1] aufgestellte Assekuranztheorie zu verwerfen. Sie sagt, daß in der Gegenleistung des Gläubigers zugleich eine Assekuranzprämie enthalten sei, gegen die der Schuldner die Versicherung für jeden bei Ausführung der Arbeit vorkommenden Schaden, also auch für den durch das schuldhafte Verhalten seiner Gehilfen verursachten, übernehme. Diese Theorie berücksichtigt nur die gegenseitigen Verträge. Der § 278 läßt aber den Schuldner auch bei einseitigen Verträgen haften; ferner auch dann, wenn eine Verbindlichkeit durch eine unerlaubte Handlung entstanden ist.

Man hat ferner den Gehilfen als ein Werkzeug des Schuldners betrachtet (Werkzeugtheorie).[2] Es haftet daher der Schuldner für seinen Erfüllungsgehilfen ebenso, wie er für seine anderen Werkzeuge haftet. Diese Gleichstellung des Gehilfen mit einem Werkzeuge ist nicht zu billigen.[3] Der Gehilfe unterscheidet sich wesentlich von einem Werkzeug, indem er einen Willen hat und freiwillig handeln kann. Daher kann auch die Haftung für einen Gehilfen

---

[1] Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 7 S. 245 ff.

[2] Mayer, Gutachten über die Frage: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? Verhandl. des 17. D. JurT. Bd. 1 S. 125 ff.

[3] Hoffmann S. 57.

nicht in gleicher Weise begründet werden wie die für ein totes Werkzeug. Selbst wenn man dieses versuchen wollte, so wird dadurch doch nicht die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach § 278 erklärt. Der Schuldner haftet für ein von ihm gebrauchtes Werkzeug nur dann, wenn ihm bei Benutzung desselben ein Verschulden zur Last fällt. Benutzt er es schuldlos und es tritt dann ein Schaden ein, so ist der Schaden für ihn ein Zufall, den er nicht zu vertreten hat. Der Schuldner würde also nach dieser Theorie für seine Gehilfen nur im Falle eigenen Verschuldens haften. Die Haftung des § 278 hängt aber von einem Verschulden des Schuldners nicht ab.

Es ist weiter die von Dreyer[1] aufgestellte Vollmachts- oder Vertretungstheorie zu erwähnen. Wenn der Schuldner einen Arbeiter mit der Arbeit betraue, so gebe er ihm eine Vollmacht, die äußerlich erkennbar darin hervortrete, daß der Gehilfe die Handlung des Schuldners verrichte. Es sei deshalb die Handlung des Gehilfen rechtlich diejenige des Schuldners und letzterer aus diesem Grunde für die Handlungen des anderen verantwortlich. Hiergegen ist zu erwidern: Die Vollmacht bezieht sich nur auf Abgabe von Willenserklärungen; der Gehilfe wird aber hauptsächlich zu faktischen Dienstleistungen herangezogen.[2] Es ist zwar denkbar, daß der Gehilfe auch als Stellvertreter des Schuldners auftritt. Dieses ist aber

[1] Verhandl. des 17. D. JurT. Bd. 1 S. 94.

[2] Hoffmann S. 59.

nur der Fall, wenn der Schuldner sich durch pactum de contrahendo zum Abschluß eines Vertrages verpflichtet hat und sich bei Erfüllung dieser Verpflichtung eines Gehilfen bedient. In allen anderen Fällen aber kann der Gehilfe nicht als Stellvertreter des Schuldners angesehen werden.

Es ist ferner die Gefährdungstheorie aufgestellt worden. Diese Theorie hat Rümelin[1] vertreten. Nach ihm soll bei Verwendung von Gehilfen in einem Betriebe die Gefährdung darin bestehen, daß man bei eigener Besorgung sämtlicher Betriebsverrichtungen durch Anwendung der diligentia boni patris familias eine große Anzahl von Verletzungen fremder Interessen abschneiden könne, während man die Gehilfen nicht in der Hand habe. Ebenso sieht Hoffmann[2] in der Anstellung von Erfüllungsgehilfen eine Gefährdung des Gläubigers. Nach dieser Theorie müßte der Schuldner, wenn er einen Gehilfen verwendet, der sorgfältiger ist als er, von jeglicher Haftung frei sein; denn durch die Verwendung dieses Gehilfen wird der Gläubiger nicht gefährdet, im Gegenteil, er ist günstiger gestellt, als wenn der Schuldner selbst handelte.[3] Dieses Resultat verträgt sich aber nicht mit dem § 278. Daher ist auch diese Theorie abzulehnen.

Die Motive[4] zum Bürgerlichen Gesetzbuch begründen

---

[1] S. 45.

[2] S. 92 ff.

[3] Fischer S. 51.

[4] Bd. 2 S. 30.

die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen folgendermaßen: „Mit Recht läßt sich für den heutigen Verkehr sagen, daß der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei Bewirkung der Leistung bedient, in eigenem Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt. In seiner Eigenschaft als Schuldner, welcher zur Leistung verpflichtet ist, kann er sich der Verantwortung nach Maßgabe der von ihm in dem betreffenden Schuldverhältnisse zu beachtenden Diligenz für diejenigen nicht entschlagen, welche er bei den ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht. Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung sich bei der Leistung zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist". In diesem letzten Satze führen die Motive die Haftung des Schuldners auf eine Garantieübernahme zurück. Ob diese Begründung zutreffend, ist nicht zweifellos. Es ist fraglich, ob in jedem Falle, wo der Schuldner eine Leistung verspricht, er stillschweigend die Garantie für seine Gehilfen übernimmt. Die fragliche Haftung kann unter Umständen den Schuldner schwer treffen. Daher scheint es mir nicht angängig, eine solche Haftung als stillschweigend vereinbart anzusehen. Würde man die Haftung auf Garantieübernahme zurückführen, so würde die Bestimmung in § 278 als eine Auslegungsregel für den mutmaßlichen Parteiwillen aufzufassen sein. Sie ist aber eine Dispositivbestimmung, die

unabhängig von dem Willen der Parteien das nach der Ansicht des Gesetzgebers den Verhältnissen Entsprechende und dem öffentlichen Nutzen Förderliche festsetzt.[1]

Dagegen scheint mir die Begründung der Motive die richtige zu sein, wonach der Schuldner die Gehilfen in seinem Interesse und auf seine Gefahr verwendet. Diese Begründung der Motive hat man verworfen, und zwar hat man auf den § 831 BGB. hingewiesen. Hier verwende der Geschäftsherr die Gehilfen auch in seinem Interesse. Die Haftung sei aber ganz anders geregelt wie in dem § 278; denn der Geschäftsherr hafte nur bei eigenem Verschulden. Daher könne man auch die Haftung im § 278 nicht darauf zurückführen, daß der Schuldner seine Erfüllungsgehilfen in seinem Interesse verwende. Unger[2] läßt zwar die Begründung der Motive für den § 278 gelten, findet aber demgegenüber in der Haftung des § 831 eine „grelle und fast unerträgliche Diskrepanz". Hiergegen ist zu erwidern: Der Schuldner verwendet die Gehilfen, um seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Er will seinen Verpflichtungen nachkommen und dadurch der Gefahr entgehen, von dem Gläubiger wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen zu werden. Das Interesse, in dem er die Erfüllungsgehilfen verwendet, ist daher ein juristisches. Dieses kann man aber von dem Geschäftsherrn im § 831 nicht sagen. Es besteht zwischen ihm und dem

---

[1] Hoffmann S. 40.

[2] S. 396.

Geschädigten kein Vertragsverhältnis. Allerdings wird der vom Geschäftsherrn Angestellte auch in seinem Interesse tätig. Dieses Interesse ist ein wirtschaftliches, da der Angestellte lediglich zum Vorteil des Geschäftsherrn die ihm aufgetragenen Verrichtungen ausführt und nicht in Beziehung zu einem Gläubiger tritt wie der Erfüllungsgehilfe im § 278.

Ebenso ist der Einwand zurückzuweisen, daß der Erfüllungsgehilfe auch im Interesse des Gläubigers tätig würde. Der Gläubiger hat insofern ein Interesse an der Erfüllung, als durch sie seine Bedürfnisse befriedigt werden. Aber auch dieses Interesse ist ein wirtschaftliches.

Dieser von den Motiven aufgestellten Theorie hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen. Es sagt im Bd. 43 S. 147 der Entscheidungen:

„Die sachliche Rechtfertigung des Grundsatzes, daß in obligatorischen Verhältnissen der Arbeitgeber für das von seinen Gehilfen und Arbeitern bei Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden zu haften habe, liegt darin, daß derjenige, der sich in seinem geschäftlichen Interesse der Mitwirkung von Hilfspersonen bedient, die sich aus deren Zuziehung ergebenden Gefahren zu tragen hat und den aus dem Verschulden dieser Personen entstehenden Schaden nicht dem Gegenkontrahenten zuwälzen darf".

Dritter Abschnitt.

1. Die Verbindlichkeit.

a) Die Verbindlichkeit beruht auf Gesetz oder Vertrag.

Der § 278 lautet: „Der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden". Die Haftung des Schuldners setzt also zunächst eine Verbindlichkeit voraus. Verbindlichkeit ist die Verpflichtung zu einer Leistung; ihr entspricht jedesmal ein Recht, eine Leistung zu fordern. Die Verbindlichkeit entsteht auf Grund eines Schuldverhältnisses. Das Schuldverhältnis kann ein gesetzliches oder vertragliches sein. Gesetzliche Verbindlichkeiten werden z. B. durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über „unerlaubte Handlungen" festgesetzt. Als Verträge, die Verbindlichkeiten erzeugen, kommen einmal die im Bürgerlichen Gesetzbuch benannten Rechtsverhältnisse, z. B. Kauf, Miete u. a., in Betracht. Daneben gibt es aber im Verkehrsleben viele Verträge, die sich unter eine der im Gesetzbuch aufgestellten Vertragstypen nicht unterordnen lassen. Es gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Parteien können selbst bestimmen, welche Inter-

essen sie zum Gegenstande von Schuldverpflichtungen machen wollen. Immer aber ist erforderlich, daß der Wille besteht, eine Verbindlichkeit zu übernehmen. Dieses muß festgestellt werden. Diese Feststellung, daß ein Verpflichtungswille und daher ein Schuldverhältnis vorliegt, bietet oft Schwierigkeiten.

Ich habe folgenden Fall im Auge, der auch das Reichsgericht[1] beschäftigt hat: Der Kläger hatte von der Beklagten, einer Automobilfabrik, die Erlaubnis erhalten, auf einem Automobil der Beklagten eine Zuverlässigkeitsfahrt im Taunus mitzumachen. Er wurde auf dieser Fahrt infolge eines Unfalles beschädigt und machte die Beklagte für den Automobilführer als ihren Gehilfen bei der Vertragserfüllung nach § 278 BGB. haftbar. Das Reichsgericht hat angenommen, daß in der bloßen Gestattung des Mitfahrens an sich überhaupt noch nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken sei, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung. Im Gegensatz hierzu nimmt Blume[2] im vorliegenden Falle einen Vertrag an, auf den § 278 zur Anwendung komme. Blume erblickt in der Gestattung des Mitfahrens einen Gefälligkeitsvertrag. Der Vertrag habe zugunsten des Empfängers der Gefälligkeit nur die Bestimmung, dessen Handeln rechtmäßig zu machen und zugleich der Leistung des Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerecht-

[1] RGE. Bd. 65 S. 17.

[2] Recht 1908 Nr. 18 S. 651.

fertigter Bereicherung ausschließe. Dieser Auffassung möchte ich mich nicht anschließen, vielmehr die Ansicht des Reichsgerichts für die zutreffende halten. In dem genannten Falle liegt ein Vertrag nicht vor, weil der Wille, eine Verbindlichkeit zu übernehmen, nicht bestand. Es würde m. E. auch eine Härte darin liegen, einen Wagenbesitzer, der einen Fremden aus Menschenfreundlichkeit auf seinen Wagen nimmt, haftpflichtig zu machen. Es muß ferner jedermann bewußt sein, daß er sich durch eine Fahrt auf einem Wagen in eine gewisse Gefahr begibt. Wenn dann jemand trotzdem mitfährt, so ist es auch recht und billig, daß er allen Schaden tragen muß, der ihm durch die Mitfahrt entsteht. Daher scheint mir auch die Ansicht des Reichsgerichts die richtige zu sein, wonach ein Vertrag zwischen dem Fremden und dem Wagenbesitzer und somit eine Haftung nach § 278 BGB. nicht anzunehmen ist. Eine andere Frage ist es, ob der Wagenbesitzer nach § 831 BGB. haftet. Diese Frage, für die andere Grundsätze gelten, liegt außerhalb des Rahmens der Arbeit und ist daher hier nicht weiter zu erörtern.

Die Haftung aus § 278 wird oft als kontraktliche Haftung bezeichnet. Dieses ist nicht richtig, da die Verbindlichkeit, wie oben erwähnt, auch auf gesetzlicher Vorschrift beruhen kann.[1]

[1] And. A. Endemann S. 653 c, 761 Anm. 25.

b) Die Verbindlichkeit ist obligatorisch oder dinglich.

Der Verbindlichkeit kann ein obligatorisches oder dingliches Recht entsprechen. Beruht der Leistungsanspruch auf einem dinglichen Rechte, so finden die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse und somit auch § 278 analoge Anwendung. Dieses wird bestätigt durch die Motive[1] zum 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuches. Daselbst heißt es: „In ihrem wesentlichen Inhalt ist die Leistungspflicht, welche dem Besitzer oder Inhaber gegenüber dem Eigentümer als solchem obliegt, von der Herausgabepflicht, welche auf obligatorischer Grundlage beruht, insbesondere von der Herausgabepflicht des Mieters, Mandatars, Depositars, nicht verschieden. Sofern die dinglichen Ansprüche sich gegen eine bestimmte Person richten und von dieser eine Leistung verlangen, nehmen sie einen obligationenrechtlichen Charakter an. Die Ähnlichkeit rechtfertigt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf die gegen eine bestimmte Person sich richtenden dinglichen Ansprüche. Der Entwurf geht von der inneren Berechtigung dieser analogen Anwendung aus, ohne welche eine fühlbare Lücke sich ergeben würde".

c) Die Verbindlichkeit kann auch eine Unterlassung zum Gegenstand haben.

Die Verbindlichkeit ist, wie schon erwähnt, Verpflichtung zur Leistung. Die Leistung kann auch in einem

[1] Bd. 3 S. 398 zu § 903 ff.

Unterlassen bestehen (§ 241 BGB.). Es erhebt sich hier die Frage: Wenn Gegenstand der Verbindlichkeit eine Unterlassung ist, können dann bei der Erfüllung dieser Verpflichtung andere Personen wie der Schuldner tätig werden und findet demnach § 278 BGB. Anwendung?[1] Ist der Vertrag auf eine Unterlassung gerichtet, z. B. der Schuldner verspricht seinem Nachbar, in seiner Wohnung das Klavierspielen zu unterlassen, so kann das bedeuten, daß überhaupt nicht gespielt werden darf. Es soll also nicht nur der Schuldner, sondern auch Dritte sollen nicht spielen dürfen. Insofern verpflichtet sich der Schuldner, dafür Sorge zu tragen, daß auch Dritte die Handlung unterlassen. Er haftet dafür, wenn er entgegen dieser Verpflichtung Dritte die Handlung vornehmen läßt. Diese Haftung beruht auf dem geschlossenen Vertrage, wonach sich der Schuldner verpflichtet hat, dahin zu wirken, daß Dritte die Handlung unterlassen. Diese übernommene Verpflichtung hat er verletzt und haftet daher aus dem Vertrage. Diese Art der Haftung hat mit der aus § 278 BGB. nichts zu tun.

Anderer Ansicht ist hier Wendt.[2] Wendt will in den Fällen, wo nicht bloß der Schuldner, sondern auch andere Personen eine Handlung unterlassen sollen, wie z. B. bei den Verboten des Nachbarrechts, den § 278 angewendet wissen. Es ist ihm aber selbst zweifelhaft, ob

---

[1] Lehmann S. 193—197, 289—295.

[2] S. 65.

man es in solchen Fällen mit Personen zu tun habe, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, da ja die Zuwiderhandlung nicht ein Stück der Erfüllung der Obligation, sondern das gerade Gegenteil sei. Wendt sagt dann: „Gleichwohl muß man sich über diese Bedenken hinwegsetzen, weil es ohnehin nötig sein dürfte, den § 278 etwas ausdehnend auszulegen". Diese Ansicht kann nach dem oben Ausgeführten nicht als zutreffend erachtet werden. Auch Staudinger[1] hält es für gekünstelt, bei Unterlassungspflichten den § 278 direkt anzuwenden.

Was die obenerwähnte Verpflichtung des Schuldners, dafür Sorge zu tragen, daß Dritte die Handlung unterlassen, anbetrifft, so kann er sich bei Erfüllung dieser Verbindlichkeit allerdings eines Gehilfen bedienen. „So wenn der Gutspächter seine Leute an der begonnenen Vornahme der verbotenen Einwirkung auf das Nachbargrundstück (Immission von Rauch) verhindert. Die Hilfe, die er dem Grundstückseigentümer, der sich obligatorisch zur Unterlassung von Immissionen verpflichtet hat, dadurch leistet, besteht aber nicht in der zu bewirkenden Unterlassung, sondern in ihrer Erwirkung an Stelle des Pachtherrn."[2]

Bei diesen Verträgen, wo der Schuldner verspricht, daß auch Dritte die Handlung unterlassen sollen, liegt

---

[1] S. 124.

[2] Lehmann S. 195.

Erfüllung erst dann vor, wenn sowohl der Schuldner persönlich als auch die fraglichen andern Personen ihrer Unterlassungspflicht nachkommen.

Es gibt aber auch Unterlassungsverträge, bei denen schon Erfüllung vorliegt, wenn bloß der Schuldner unterläßt. Darauf kommt es dem Gläubiger allein an, den Schuldner zu der Unterlassung zu verpflichten. Ob andere Personen die Handlung unterlassen oder nicht, ist für ihn gleichgültig. Hier kann eine Zuwiderhandlung seitens anderer Personen wie des Schuldners nicht in Frage kommen. Es ist somit eine Haftung für Dritte und daher eine Anwendung des § 278 BGB. ganz ausgeschlossen.

Bezüglich derjenigen Unterlassungen, welche als Kehrseite einer positiven Verbindlichkeit anzusehen sind, ist § 278 anwendbar. Die hier fraglichen Unterlassungspflichten hat man im Gegensatz zu den oben behandelten als unselbständige Unterlassungspflichten bezeichnet. Hierher gehört z. B. die Verpflichtung des Mieters, jede Beschädigung der gemieteten Sache zu unterlassen. Diese Unterlassung ist ein Ausfluß der positiven Verbindlichkeit, die Sache zu erhalten. Weil sich der Mieter bei Erfüllung dieser Verbindlichkeit eines Gehilfen bedienen kann, so trifft dieses auch bei Erfüllung der fraglichen Unterlassung zu.

d) „Echte" und „unechte" Verbindlichkeit.

Die Verbindlichkeit ist Verpflichtung zur Leistung. Nußbaum[1] definiert Leistung als Übertragung eines Gutes an eine von dem Leistenden verschiedene Person. Die Verpflichtung zu einer solchen Leistung hält er für eine „echte" Verbindlichkeit. Dagegen bezeichnet er die Verpflichtungen zu andern Handlungen, insbesondere zu einem bestimmten Verhalten, als „unechte" Verbindlichkeiten und bringt auf diese § 278 BGB. nicht zur Anwendung. So ist z. B. nach Nußbaum[2] bei der Leihe die Rückgabepflicht eine „echte" Verbindlichkeit (Hauptverpflichtung), dagegen die Verpflichtung hinsichtlich der Gegenstände, zumal bei ihrem Gebrauch, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten, eine „unechte" Verbindlichkeit (Nebenverpflichtung). Nußbaum stellt schließlich folgende Sätze auf: „ Hat jemand kraft eines obligatorischen oder beschränkten dinglichen Rechtes eine tatsächliche Verfügungsmacht über eine Sache, so ist er für die Personen, welche er in Beziehung zu der Sache setzt, um letztere nach Maßgabe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Stande zu halten, nicht nach der Regel des § 278 BGB. verantwortlich"[3]. Weiter sagt er[4]: „Wenn eine Aufbewahrungs-, Instandhaltungspflicht und dergleichen

---

[1] S. 54.
[2] S. 59.
[3] S. 60.
[4] S. 61.

lediglich eine Nebenerscheinung, gewissermaßen die Kehrseite eines obligatorischen oder dinglichen Gebrauchs- oder Nutzungsrechts ist, gelangt hinsichtlich der Gehilfenhandlung nicht § 278 zur Anwendung". Gegen diese Ansicht Nußbaums läßt sich folgendes sagen:

Leistung bedeutet nicht bloß Übertragung eines Gutes; denn die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen (§ 241 BGB.). Eine Unterlassung ist aber nicht Übertragung eines Gutes.[1] Daher ist schon die Definition des Begriffes „Leistung" und mithin die auf dieser Definition beruhende Unterscheidung von „echten" und „unechten" Verbindlichkeiten nicht zutreffend.

Nußbaum unterscheidet bei der Leihe die Rückgabepflicht als Hauptverpflichtung, als „echte" Verbindlichkeit, und die Pflicht, die geliehene Sache zu erhalten, als Nebenverpflichtung, als „unechte" Verbindlichkeit. Daß diese Unterscheidung unzutreffend ist, geht m. E. aus folgendem hervor: Der Entleiher kann seiner Rückgabepflicht nur dann nachkommen, wenn er die fremde Sache auch erhält. Die Erhaltung der Sache ermöglicht ihm erst, seine Rückgabepflicht zu erfüllen. Wenn er die Sache zerstört, kann er die Sache nicht mehr zurückgeben. Ob der Entleiher seiner Erhaltungspflicht nachkommt, ist somit sehr wesentlich und bestimmend für seine Rückgabepflicht, die erst in zweiter Linie in Betracht kommt. Hiernach kann man m. E. die Erhaltungspflicht des

[1] Hoffmann S. 110.

Entleihers nicht als Nebenverpflichtung, als „unechte“ Verbindlichkeit bezeichnen, und es ist nicht begründet, auf sie andere Grundsätze wie auf die Rückgabepflicht anzuwenden. Man muß daher auch auf die Erhaltungspflicht des Entleihers § 278 BGB. zur Anwendung bringen. Der Umstand, daß der Schuldner bezüglich des Gegenstandes, den er im Stande zu halten hat, Rechte hat, ist für die Anwendung des § 278 gleichgültig. Es fragt sich nur, ob der Schuldner bezüglich des Gegenstandes Verbindlichkeiten hat. Wenn diese Frage bejaht wird, kann auch § 278 zur Anwendung kommen. Die Ansicht Nußbaums würde auch zu keinem befriedigenden Resultate führen. Nach ihr würde z. B. „derjenige, der von seinem Nachbar Geschirr entleiht, nur dann haften, wenn die Köchin das Geschirr zurückträgt und einen Teller zerbricht; er würde dagegen nicht haften, wenn die Köchin aus Böswilligkeit oder Fahrlässigkeit alles kurz und klein schlägt“.[1] Auch hat die herrschende Ansicht[2] sich Nußbaum nicht angeschlossen. Ebenso nimmt die Praxis einen anderen Standpunkt ein wie Nußbaum. Dieses geht aus einem Urteil des Oberlandesgerichts[3] Hamburg hervor. Hier heißt es: „Die Voraussetzung des § 278 ist auch dann gegeben, wenn es sich um die Verpflichtung des Schuldners handelt, den Eintritt von Umständen zu verhüten, welche die

[1] Feder S. 46.

[2] Planck S. 77; Oertmann S. 96; Staudinger S. 124; Feder S. 46; Fischer S. 22; Hoffmann S. 120.

[3] OLGRspr. Bd. 9 S. 34.

künftige Leistung unmöglich machen würden ... Aus dem Mietvertrage folgt nicht nur die Pflicht, die Sache unbeschädigt zurückzugeben, sondern eben wegen dieser Pflicht auch die weitere Verpflichtung, Sorgfalt in der Aufsicht über die Sache zu üben, sie behutsam zu gebrauchen. Diese Pflicht ist verletzt, wenn die vom Mieter zum Gebrauch der Mietsache angestellten Leute fahrlässig handeln".

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hält die Erhaltungspflicht des Mieters für eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278. Es bestimmt nämlich im § 549 Abs. 2, den Nußbaum als eine Ausnahmebestimmung ansieht: „Überläßt der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauch zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat". Diese Bestimmung ist nur eine Anwendung des § 278 und wäre an sich überflüssig. Die Haftung des Mieters ist aber hier ausdrücklich festgesetzt, weil man sonst aus der Erlaubnis des Vermieters den Schluß ziehen könnte, dieser habe auf eine Haftung des Mieters für ein Verschulden des Untermieters verzichtet.

2. Die Beziehung der Schädigungshandlung des Gehilfen zur Erfüllung.

Diese Frage ist in der Literatur sehr bestritten. Im 1. Entw. lautete der dem § 278 entsprechende § 224: „Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen

des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters sowie wegen Verschuldens der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient". Der 2. Entw. und mit ihm das Gesetz hat die Worte „in Ansehung der Erfüllung" nicht aufgenommen. Hieraus hat man[1] den Schluß gezogen, daß der Schuldner für jede aus Anlaß der Erfüllung vorgenommene Handlung seines Erfüllungsgehilfen haften müsse. Die schädigende Handlung des Erfüllungsgehilfen brauche nicht im Zusammenhang mit der Erfüllungshandlung zu stehen, wenn sie nur aus Anlaß der Erfüllung vorgenommen sei (uneingeschränkte Haftung).[2] Man hat ferner zur Begründung dieser Ansicht die §§ 831 u. 31 BGB. herangezogen. § 831 bestimmt: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt". § 31 lautet: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt". Nach diesen beiden Paragraphen tritt eine Haftung nur für eine solche Handlung ein, die von dem Gehilfen bezw. Vereinsorgan in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung vorgenommen ist. Hieraus

[1] Rümelin S. 88.

[2] Feder S. 58.

folgert man für den § 278, daß der Schuldner für jede bei Gelegenheit oder aus Anlaß der Erfüllung vorgenommene Handlung seines Gehilfen haften müsse. Diese Schlußfolgerung ist nicht bedenkenfrei. Aus der verschiedenen Fassung der Paragraphen kann man die erwähnte Folgerung nicht mit Sicherheit ziehen; denn für die Änderung der ursprünglichen Fassung des § 278 sind nicht sachliche, sondern stilistische Gründe maßgebend gewesen. Es ist weder in der Denkschrift noch in den Protokollen der Reichstagskommission etwas darüber enthalten, daß der Abänderung des Wortlautes des § 224 auch eine Abänderung des materiellen Inhalts der Bestimmung entsprechen solle.

Diese Ansicht, die für die uneingeschränkte Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen eintritt, hat auch zu weitgehende Konsequenzen. Nach ihr haftet z. B.[1] ein Handwerksmeister, der durch seine Gesellen in der Wohnung des Bestellers ein Bild aufhängen läßt, nicht nur für die Zerstörung einer Vase, die durch den Gesellen infolge ungeschickter Aufstellung der Leiter verursacht ist, sondern auch für einen Diebstahl, den der Geselle gelegentlich der Ausführung seines Auftrages in der Wohnung des Bestellers ausübt. Diese weitreichende Haftung des Schuldners sucht Fischer[2] auf Grund allgemeiner Vorschriften zu beschränken, und zwar aus dem Erfordernis

[1] Staudinger S. 125.

[2] S. 36.

des Kausalzusammenhangs. Nach Fischer erfordert es die vernünftige Verkehrsanschauung, daß der Besteller, der einen fremden Handwerker zur Vornahme einer Reparatur in seine Räume einlasse, diesen überwache und nicht aus den Augen lasse, falls für ihn die Versuchung naheliege, eine schädigende Handlung, insbesondere einen Diebstahl vorzunehmen. Beaufsichtige der Besteller den Handwerker nicht und erleide er infolgedessen einen Schaden, so habe er ihn selbst mit verursacht. Fischer[1]) tritt dann für Anwendung des § 254 BGB. ein, welcher bestimmt: „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder andern Teile verursacht worden ist". Fischer ist der Ansicht, auf diese Weise könne man in den praktisch wichtigsten Fällen die Haftung auf ein für das Leben sehr wohl erträgliches Maß beschränken.

Diese Art und Weise, eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen, ist m. E. nicht einwandfrei. Fischer stellt eine Überwachungspflicht für den Gläubiger auf. Darüber läßt sich m. E. streiten, ob der Gläubiger verpflichtet ist, einen Handwerker, der in seinem Zimmer eine Reparatur vornimmt, zu überwachen. M. E. besteht in den meisten Fällen eine solche Überwachungspflicht nicht, und es kann

---

[1] S. 37.

daher dem Gläubiger ein Verschulden nicht zugerechnet werden, wenn er die Überwachung unterläßt. Ich würde nur ausnahmsweise eine Überwachungspflicht annehmen, wie z. B. im folgenden Falle: Ein Handwerker nimmt in einem Zimmer eine Reparatur vor, er eignet sich wertvolle Schmucksachen an, die offen auf dem Tische lagen. Hier könnte man wohl sagen, der Gläubiger hätte den Handwerker überwachen müssen; denn es war ihm bekannt, daß die Wertsachen auf dem Tische lagen, und er hätte annehmen können, daß der hohe Wert der Schmucksachen auf einen Handwerker einen Reiz ausüben würde, dem dieser nicht widerstehen könnte. In diesem Falle wäre eine Entscheidung, daß der Besteller gegen den Meister des Handwerkers keinen Schadensersatzanspruch habe, mit Rücksicht auf § 254 BGB. gerechtfertigt. Anders scheint es mir aber mit folgendem Fall zu liegen: Der Handwerker nimmt in dem Zimmer, in dem er die Reparatur vornimmt, ein Buch weg. Hier kann man m. E. von einer Überwachungspflicht des Bestellers nicht reden; der § 254 BGB. kann daher nicht zur Anwendung kommen, und man muß den Schadensersatzanspruch des Bestellers für begründet erklären. So wie dieser Fall werden die meisten hier in Betracht kommenden Fälle liegen, und nur ausnahmsweise wird man, wie in dem oben mitgeteilten Falle, wo der Handwerker Schmucksachen von hohem Werte stiehlt, den § 254 BGB. zur Anwendung bringen können. Daher wird man, wenn man den Standpunkt der uneingeschränkten Haftung des

Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen einnimmt, in den meisten Fällen den Meister für einen Diebstahl seines Gesellen verantwortlich machen müssen.

Diese Haftung ist zu weitgehend. Die Mehrzahl der Schriftsteller hat sie daher auch verworfen. Die herrschende Ansicht[1] ist die, daß der Schuldner nur für solche Handlungen zu haften habe, die von dem Gehilfen in Ausführung der Erfüllung vorgenommen sind (eingeschränkte Haftung). Die schädigende Handlung muß mit der Erfüllungshandlung in einem inneren Zusammenhang stehen. Sie muß derart beschaffen sein, daß, wenn der Schuldner sie vorgenommen hätte, der Gläubiger gegen ihn aus dem Schuldverhältnisse auf Erfüllung klagen könnte. Soweit der Schuldner bei eigener Erfüllung nicht aus dem Schuldverhältnisse, sondern nur wegen unerlaubter Handlung haften würde, haftet er für die entsprechenden Handlungen der Hilfspersonen nicht.[2] Nur mit dieser Einschränkung haftet der Schuldner nach § 278 BGB. für ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen.

Es erhebt sich hier die Frage, ob der Erfüllungsgehilfe, der vorsätzlich handelt, also den Entschluß gefaßt, die Ausführung der Erfüllungshandlung in der Art, wie sie ihm aufgetragen ist, aufzugeben und gegen den Willen

---

[1] Planck S. 76; Oertmann S. 97; Staudinger S. 125 Nußbaum S. 73; Asmis S. 61; Wertheimer S. 40; Blau S. 25.

[2] Planck S. 77.

des Schuldners tätig zu werden, in Ausführung der Erfüllung handelt.[1] Handelt z. B. der Diener, welcher dem Gläubiger die geschuldete Sache für den Schuldner überbringen soll, sie aber böswillig vernichtet, in Ausführung der Erfüllung? Auf den ersten Blick könnte man sagen, er handelt nicht in Ausführung der Erfüllung und eine Haftung aus § 278 BGB. könne daher nicht eintreten. Dieses scheint mir jedoch nicht richtig zu sein. Die Annahme der geschuldeten Sache durch den Diener ist m. E. der Anfang der Ausführung der Erfüllung. Wenn der Diener statt des Schuldners erfüllen soll, so muß er die Sache zunächst an sich nehmen und dann dem Gläubiger übergeben. Durch die Annahme der Sache handelt er also schon in Ausführung der Erfüllung. Was sich der Diener bei der Annahme gedacht hat, daß er die Sache zerstören will, ist nicht von Belang. Wenn deshalb der Diener die Sache vorsätzlich zerstört, so ist dieses doch eine Schädigungshandlung, die in Ausführung der Erfüllung vorgenommen ist.[2] Wohin würde auch die gegenteilige Ansicht führen? Sie würde den Schuldner zwar für Fahrlässigkeit, aber nicht für Vorsatz des Gehilfen haften lassen. Dieses kann aber nicht gut angenommen werden. So läßt auch Nußbaum[3] den Schuldner für Vorsatz des Gehilfen haften. Nußbaum stellt die

[1] Fischer S. 33.
[2] And. A. Fischer S. 34.
[3] S. 80.

Haftung des Schuldners für seinen Gehilfen darauf ab, ob der Delinquierende seinem Gesamtverhalten nach noch als Hilfsperson zu betrachten sei, oder ob der Deliktswille so überwiege, daß das Gehilfenverhältnis gegen ihn ganz zurücktrete. Ein Überwiegen des Deliktswillens dürfe nicht leicht angenommen werden, besonders dann nicht, wenn das Gehilfenverhältnis den Charakter einer Vertrauensstellung trage. Auch wo es sich um mutwillige Delikte einer Hilfsperson, namentlich Sachbeschädigung handle, könne § 278 zur Anwendung kommen.

Daß m. E. die Ansicht, wonach der Schuldner nur für solche Handlungen haftet, die von dem Erfüllungsgehilfen in Ausführung der Erfüllung vorgenommen werden, die richtige ist, geht auch aus folgender Erwägung hervor: Bei den heutigen Verhältnissen des wirtschaftlichen Lebens ist es dem Schuldner in den meisten Fällen nicht möglich, selbst die Erfüllung vorzunehmen, sondern er muß sie durch fremde Personen bewirken lassen. Würde der Schuldner nun für jede Handlung seines Erfüllungsgehilfen haften müssen, so könnte er dadurch schwer geschädigt werden. Es will zwar § 278 in erster Linie den Gläubiger schützen, es würde aber eine Überspannung dieses Prinzips sein, wollte man den Schuldner uneingeschränkt haften lassen. Auch die Interessen des Schuldners sind zu wahren. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, den Schuldner nur für solche Handlungen, die der Gehilfe in Ausführung der Erfüllung vorgenommen hat, haften zu lassen.

3. Die Erfüllungsgehilfen.

Zunächst fragt es sich, ob diejenigen Personen, welche die Erfüllung vorbereiten, also sogen. Vorbereitungshandlungen vornehmen, Erfüllungsgehilfen sind. Die Vorbereitungshandlungen sind häufig zu den Erfüllungshandlungen im weiteren Sinne zu zählen; z. B. wenn ein Anstreichermeister den Anstrich eines Hauses übernimmt, so ist das Aufstellen eines Gerüstes eine Vorbereitungshandlung. Es ist aber als eine Erfüllungshandlung anzusehen; denn wer sich verpflichtet, ein Haus anzustreichen, ist auch verpflichtet, die erforderlichen Vorkehrungen, das Aufstellen des Gerüstes, auszuführen. Es sind also die Personen, die der Anstreichermeister zwecks Aufstellung des Gerüstes hinzuzieht, Erfüllungsgehilfen. Der Anstreichermeister bedient sich dieser Personen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit.

Anders liegt die Sache in folgendem Falle: Ein Kutscher fährt einen Arzt auf einen Gutshof zu einem Kranken und überfährt auf dem Hof einen Hund, der dem Kranken gehört. Hier haftet der Arzt für den Kutscher nach § 278 nicht.[1] Hier nimmt der Kutscher auch eine Vorbereitungshandlung vor. Diese Handlung, das Fahren des Arztes zum Kranken, ist aber keine Vertragshandlung. Der Arzt, der zu seinem Kranken im

[1] So auch Dernburg S. 159 und Oertmann S. 97; and. A. Hoffmann S. 150.

Wagen zu fahren pflegt, will sich hierzu nicht verpflichten. Man würde es auch nicht als Vertragsverletzung auffassen, wenn der Arzt zu seinem Kranken nicht im Wagen, sondern zu Fuß kommen würde. Der Vertrag, den der Arzt eingeht, bezieht sich lediglich auf die Behandlung des Kranken. Es bedient sich daher der Arzt des Kutschers nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit. Der Kutscher ist demnach kein Erfüllungsgehilfe. Nach Oertmann[1] haftet der Arzt deshalb nicht für seinen Kutscher, weil er sich desselben nur bedient zur Herstellung der persönlichen Voraussetzungen, die ihm die allein von ihm selbst zu vollziehende Vornahme ermöglichen sollen.

Erfüllungsgehilfen sind auch die Personen, welche zwar noch nicht die eigentliche Erfüllungshandlung vornehmen, aber doch dafür Sorge tragen, daß die Erfüllung erfolgen kann. So hat z. B.[2] der Verkäufer einer Sache bis zur Übergabe derselben die im Verkehr erforderliche Sorgfalt darauf zu verwenden, daß die Sache nicht untergeht oder verschlechtert wird. Beauftragt er mit der Überwachung der Sache seine Angestellten oder Dienstboten, so hat er dafür zu haften, wenn durch deren Verschulden die Sache untergeht oder verschlechtert wird. Hat der Verkäufer die Sache vermietet, verliehen oder in Verwahrung gegeben, so haftet er auch für den Mieter, Entleiher oder Verwahrer. Er bedient sich auch dieser

---

[1] S. 97.

[2] Planck S. 76.

Personen, um seine Verbindlichkeit, die Sache zu erhalten, zu erfüllen.

Zweifellos sind diejenigen Personen, welche unmittelbar die Erfüllung ganz oder teilweise für den Schuldner bewirken, Erfüllungsgehilfen, z. B. der Schuldner läßt geschuldete Dienste durch einen andern besorgen.[1] Hier kann § 278 BGB. auch zur Anwendung kommen.

Die Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, zerfallen in zwei Gruppen: Substitute und Erfüllungsgehilfen im engeren Sinne. Der vom Schuldner hinzugezogene Dritte ist dann Substitut, wenn ihm der Schuldner die Ausführung des gesamten Geschäfts oder eines sich abgeschlossenen Teiles überträgt.[2] Dabei tritt der Substitut nicht in eine rechtliche Beziehung zu dem Gläubiger. Er erfüllt die Verbindlichkeit des Schuldners, nicht seine eigene. Auch wenn der Dritte die Verbindlichkeit des Schuldners im ganzen erfüllt, so liegt doch keine Schuldübernahme vor. Substitution ist z. B. gegeben, wenn der Bauunternehmer die Ausführung eines Baues einem Architekten überträgt.

Der Dritte ist dagegen Erfüllungsgehilfe im engeren Sinne, wenn er unter Leitung des Schuldners durch einzelne an sich unselbständige Arbeiten zur Herstellung des gewünschten Erfolges mitwirkt.[3] Sowohl für Sub-

[1] Planck S. 76.

[2] Feder S. 39.

[3] Blau S. 16.

stituten wie für Erfüllungsgehilfen im engeren Sinne haftet der Schuldner nach § 278.

Von der Haftung des Schuldners für die Substituten gibt es Ausnahmen. § 664 BGB. bestimmt: „Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrages nicht einem Dritten übertragen. Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 BGB. verantwortlich". Ähnlich bestimmt § 691 BGB.: „Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 BGB. verantwortlich". Nach diesen Bestimmungen haftet der Schuldner nur für Erfüllungsgehilfen im engeren Sinne; dagegen ist eine Haftung für Substitution ausgeschlossen.

Anderer Ansicht ist hier Fischer.[1] Er hält die §§ 664 u. 691 nicht für Ausnahmen von § 278. Er ist der Ansicht, daß diese Paragraphen mit § 278 nichts gemein hätten. Sie setzten gerade im Gegensatz zu § 278 voraus, daß der Schuldner nicht selbst erfülle, sondern statt dessen die Erfüllung seiner Verbindlichkeit einem anderen „übertrage". Wenn aber der Schuldner die Er-

[1] S. 19, 20.

füllung seiner Verbindlichkeit befugt „übertragen“ habe, so seien nur zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder habe er die „Übertragung“ nicht gehörig vorgenommen, dann hafte er wegen eigenen Verschuldens (culpa in eligendo), so daß dieser Fall hier ganz ausscheide, oder aber der Schuldner habe bei der „Übertragung“ vorwurfsfrei gehandelt, dann habe er die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt und das Schuldverhältnis sei erloschen, soweit er daran beteiligt sei; der Schuldner könne daher auf Grund des Schuldverhältnisses nicht mehr haften. Einen ähnlichen Standpunkt wie Fischer vertritt Hölder.[1]) Er ist der Ansicht, daß im Fall des Auftrages die Substitution dem Substituten die Stellung des Mandatars übertrage. Der Substitut übernehme den Auftrag als einen durch die Übertragung nicht mehr für seinen Vorgänger, sondern für ihn bestehenden. Hiergegen ist zu erwidern, daß in dem obenerwähnten letzteren Falle, der allein hier in Betracht kommt, wo der Schuldner bei der „Übertragung“ vorwurfsfrei gehandelt hat, er nicht aus dem Schuldverhältnis ausscheidet, sondern Schuldner bleibt. Es liegt somit in den Fällen der §§ 664 u. 691 BGB. in der „Übertragung“ keine Schuldübernahme, so daß der vom Schuldner hinzugezogene Substitut nicht in ein direktes Vertragsverhältnis zum Gläubiger tritt.[2] Es würde daher der Schuldner im

---

[1] Recht 1908 S. 471.

[2] Dertmann S. 697, 4a, 740.

Falle der Übertragung der §§ 664 u. 691 nach der allgemeinen Vorschrift des § 278 für seinen Substituten haften. Dieses wollen die §§ 664 u. 691 BGB. ausschließen.

Bisher haben wir die Erfüllungsgehilfen nach Gruppen kennen gelernt. Wir unterschieden sie zunächst danach, ob sie eine Vorbereitungshandlung, eine mittelbare oder unmittelbare Erfüllungshandlung vornehmen. Dann stellten wir die Substituten in Gegensatz zu den Erfüllungsgehilfen im engeren Sinne, je nachdem der vom Schuldner hinzugezogene Dritte selbständig oder unter dessen Leitung handelt. Nunmehr wollen wir den Erfüllungsgehilfen für sich betrachten.

Der Erfüllungsgehilfe des § 278 BGB. muß zunächst mit Willen des Gläubigers tätig werden. Verwendet der Schuldner gegen den Willen des Gläubigers andere Personen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, so haftet er allerdings für diese Personen auch, aber nicht auf Grund des § 278 BGB., sondern auf Grund des Vertrages, nach dessen Bestimmung ihm der Gläubiger die Zuziehung einer anderen Person zur Erfüllung untersagt hat. Die Haftung des Schuldners tritt in diesem Falle wegen eigenen Verschuldens ein. Dabei kommt die Frage, ob der Dritte bei der Erfüllung schuldhaft gehandelt hat, nicht in Betracht.

Der Erfüllungsgehilfe muß ferner mit Willen des Schuldners tätig werden. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so tritt eine Haftung des Schuldners nach § 278

BGB. nicht ein. Es trifft z. B. den Mieter keinerlei Verantwortlichkeit, wenn sich in seiner Abwesenheit einige Freunde in seiner Wohnung einquartieren und bei Erfüllung der aus dem Mietsverhältnis sich ergebenden Verpflichtungen schuldhaft Schaden anrichten.[1]

Auch haftet der Schuldner nicht für einen Geschäftsführer ohne Auftrag. Duldet jedoch der Schuldner die Geschäftsführung oder genehmigt er sie nachträglich, so ist es so anzusehen, als wenn er den Dritten von vornherein mit der Geschäftsführung beauftragt hätte. In diesem Falle kann eine Haftung nach § 278 BGB. eintreten.[2]

Der Erfüllungsgehilfe steht zu dem Schuldner in einem Rechtsverhältnis. Dieses kann ein öffentlichrechtliches sein, z. B. bei Verwendung von Strafgefangenen bei Herstellung von Arbeiten. In den meisten Fällen wird es privatrechtlicher Natur sein. Hier kommen vor allem die Rechtsverhältnisse des Auftrages, Dienst- und Werkvertrages in Betracht. Gleichgültig ist, ob der Gehilfe dauernd beim Schuldner angestellt ist oder nicht; auch ein selbständiger Gewerbetreibender kann Erfüllungsgehilfe sein, wie der Frachtführer, der einem anderen einen Transport besorgt.

Erfüllungsgehilfen können sowohl physische als auch juristische Personen sein. Zahlreiche Anstalten öffentlich-

---

[1] Feder S. 35.

[2] And. A. Dernburg Bd. 2 S. 158.

und privatrechtlicher Natur werden zur Erfüllung von Verbindlichkeiten benutzt, so vor allem die Post und die Eisenbahnen. Der unmittelbare Erfüllungsgehilfe kann wiederum die Tätigkeit eines Dritten in Anspruch nehmen. Auch dieser Dritte ist dann Erfüllungsgehilfe des Schuldners, und für ihn muß der Schuldner nach § 278 BGB. haften, obwohl er ihn vielleicht nicht einmal kennt. Haftungsfälle der letzteren Art werden oft im Post- und Eisenbahnverkehr vorkommen.

Der Schuldner kann im allgemeinen jede beliebige Person zum Erfüllungsgehilfen wählen. Es kommt aber auch vor, daß der Schuldner sich im Vertrage verpflichtet, eine bestimmte Person zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu benutzen, z. B. der Gläubiger läßt sich von einem Maschinenfabrikanten versprechen, daß die Aufstellung einer ihm zu liefernden Maschine durch einen bestimmten, ihm vielleicht aus früheren Arbeiten als zuverlässig und geschickt bekannten Monteur bewerkstelligt werden solle.[1] In diesem Falle ist der Monteur zweifellos Erfüllungsgehilfe des Maschinenfabrikanten.

Es sei hier noch die Frage erörtert, ob der Schuldner auch für die Personen, die er bei Ausübung seiner Befugnisse verwendet, nach § 278 BGB. haftet. Bedient sich z. B. der Mieter einer Wohnung seiner Angehörigen, die an dem Gebrauche der Wohnung teilnehmen, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, besonders zur Erfüllung

[1] Hoffmann S. 138.

seiner Instandhaltungspflicht? Rehbein[1] sagt: „Es haftet der Mieter nach § 278 auch dafür, daß diejenigen, die nach der Natur des Mietsvertrages mit ihm das Recht aus dem Vertrage ausüben, auch die damit verbundene Pflicht ausüben, d. h. für das Verschulden in Erfüllung dieser Verbindlichkeit durch die Angehörigen, das Gesinde, andere Hausgenossen, Logierbesuch und Gäste".[2] Dieses ist so allgemein gehalten nicht richtig. Ob der Mieter für seine Angehörigen haftet, hängt vielmehr davon ab, ob er die Absicht hat, seine Angehörigen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu gebrauchen.[3] Diese Absicht wird vorliegen, wenn er ausdrücklich seine Angehörigen mit der Erfüllung bestimmter Verbindlichkeiten beauftragt. Auch wird häufig ein solcher Auftrag aus den Umständen zu entnehmen sein, z. B. ein Arbeiter mietet für sich und seine Ehefrau eine Wohnung. Hier fällt es der Frau auch ohne ausdrücklichen Auftrag zu, die Wohnung zu reinigen.

Ebenso überträgt bei beweglichen Sachen die Mitausübung des Gebrauchsrechts noch nicht notwendig die Pflichten aus dem Mietverhältnis in der Weise, daß man sagen könnte, der Mieter bediene sich der Mitgebraucher als Erfüllungsgehilfen. Der Mieter haftet aber für seine Angehörigen nach § 278 BGB. dann, wenn diesen mit

---

[1] S. 109.

[2] Ähnlich Planck S. 76.

[3] Bruck S. 119, 120.

Bezug auf die gemietete Sache eine Pflicht zur Tätigkeit obliegt. So z. B. der Mieter beauftragt seine Angehörigen, die gemieteten Möbel zu reinigen.

Dasselbe gilt, wenn der Mieter die gemietete Sache einem Angehörigen besonders anvertraut hat. In diesem Falle hat der Angehörige die Obhut der Sache und ist als Erfüllungsgehilfe des Mieters anzusehen

Die Frage, ob der Mieter für Gäste und Logierbesuch nach § 278 BGB. haftet, möchte ich verneinen.[1] M. E. will der Mieter diesen Personen keine Pflichten übertragen und bedient sich daher ihrer nicht als Erfüllungsgehilfen. Eine Haftung nach § 278 BGB. ist daher nicht begründet. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß doch eine Haftung des Mieters, und zwar auf Grund des Mietvertrages, eintreten kann. Der Mieter hat die Obhutspflicht. Wenn er nun andere Personen auf die Sache einwirken läßt und es entsteht dadurch ein Schaden, so kann der Mieter dadurch seine Obhutspflicht verletzt haben und haftet daher aus dem Mietvertrage.

4. Der Umfang der Haftung.

§ 278 BGB. sagt: „Der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden". Der Schuldner haftet also nur für ein Verschulden der Erfüllungsgehilfen, das

[1] So auch Dernburg S. 158 Anm. 6.

in Vorsatz oder Fahrlässigkeit bestehen kann. Ein Verschulden des Gehilfen kann nur vorliegen, wenn er zurechnungsfähig ist. Der Gehilfe darf also nicht unter 7 Jahren sein. Ist er 7, aber noch nicht 18 Jahre alt, so muß er die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzen (§ 828 BGB.). Ferner darf die Handlung nicht im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen sein (§ 827 BGB.). Wählt der Schuldner einen Erfüllungsgehilfen, der unter 7 Jahren ist, so kann darin schon ein Verschulden liegen und der Schuldner haftet wegen eigenen Verschuldens.

Der Umfang der Haftung für die Erfüllungsgehilfen ist verschieden. Maßgebend ist das Schuldverhältnis, das gerade vorliegt. Haftet der Schuldner unbeschränkt für Vorsatz und Fahrlässigkeit, so hat er auch Vorsatz und Fahrlässigkeit der Erfüllungsgehilfen zu vertreten. Hat der Schuldner nur für culpa lata einzustehen, so haftet er nur für ein solches Verschulden der Gehilfen, welches eine gröbliche Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist. Haftet der Schuldner nur für culpa in concreto, so haftet er nur dann für seinen Gehilfen, wenn dieser nicht diejenige Sorgfalt anwendet, welche der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[1])

---

[1] Planck S. 77/78; Staudinger S. 125; Feder S. 73; Blau S. 27; Wertheimer S. 39; Asmis S. 59.

Hier vertritt Oertmann[1]) einen anderen Standpunkt. Er sagt: „Eine Vergleichung der Sorgfalt, welche der Gehilfe angewendet habe, mit der, welche der Schuldner für sich anzuwenden pflegt, wäre vielfach undurchführbar; man denke z. B. an einen wegen Mangels technischer Kenntnisse zur Erfüllungshandlung persönlich unfähigen Schuldner". Dieses Bedenken, daß die dem Gehilfen übertragenen Verrichtungen solche sein können, die der Schuldner nicht persönlich ausführen kann und daher von einer Sorgfalt, die der Schuldner bei diesen Verrichtungen anzuwenden pflegt, nicht die Rede sein könne, ist nicht schwerwiegend. Es wird der Schuldner nämlich in den meisten Fällen, wo eine Haftung für culpa in concreto besteht, die Verrichtungen, die er einem Erfüllungsgehilfen überträgt, auch selbst vornehmen können. Wollte man im Falle der Haftung für culpa in concreto die Sorgfalt, welche der Gehilfe in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet, für maßgebend annehmen, so würde dadurch eine Änderung des Schuldverhältnisses eintreten können. Der Gläubiger würde benachteiligt werden, wenn der Gehilfe in seinen Angelegenheiten weniger sorgfältig verfährt, als es der Schuldner tun würde. Ein solcher Nachteil kann aber dem Gläubiger nicht aufgebürdet werden. Der Gläubiger kennt vielleicht seinen Schuldner ganz genau, weiß von ihm, daß er ein zuverlässiger Mann ist, und hat gerade mit ihm nur aus diesem Grunde das

[1] S. 98.

Geschäft abgeschlossen, z. B. eine Sache zur Verwahrung übergeben. Hier wäre es doch unbillig, wollte man für die Haftung des Schuldners maßgebend sein lassen die Sorgfalt, die der Gehilfe in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, eine dem Gläubiger ganz unbekannte und ohne sein Zutun vom Schuldner hinzugezogene Person.

Es vertritt Nußbaum[1] den Standpunkt, daß der Schuldner in den Fällen, wo er nur culpa lata oder culpa in concreto zu vertreten hat, für ein Verschulden der Hilfspersonen nicht hafte. Nußbaum meint, der Grundsatz des § 278, möglichste Sicherung des Gläubigers, und die Tendenz des Gesetzgebers, die Verbindlichkeit des Schuldners abzuschwächen, indem er diesen nur für culpa in concreto und culpa lata verantwortlich mache, ließen sich in keiner Weise miteinander vereinen. Es müsse daher § 278 als ein Satz des allgemeinen Obligationenrechts den besonderen Normen über die speziellen Schuldverhältnisse weichen. Diese Ansicht Nußbaums kann nicht als die richtige gelten. Es ist m. E. nicht ersichtlich, weshalb der Schuldner, der nur culpa lata oder culpa in concreto zu vertreten hat, von dieser Haftung überhaupt befreit sein soll, wenn er sich bei der Erfüllung anderer Personen bedient. In der Möglichkeit, Erfüllungsgehilfen hinzuzuziehen, liegt für den Schuldner eine Vergünstigung. In diesem Falle seine Haftung dann noch zu mildern,

[1] S. 88 ff.

dazu liegt kein Grund vor. Die herrschende Ansicht[1] ist auch Nußbaum nicht gefolgt. So muß denn auch der Schuldner, der einem anderen einen Gegenstand schenkungsweise versprochen hat und ihn durch seinen Diener überbringen läßt, für allen Schaden haften, den der Diener dabei vorsätzlich oder grobfahrlässig anrichtet.[2]

Daß im Falle der Haftung für culpa in concreto der Schuldner auch für seine Erfüllungsgehilfen eintreten muß, ergibt sich aus dem Gesetz. Der § 691 spricht schlechthin vom Verwahrer und bestimmt, daß dieser für ein Verschulden eines Gehilfen nach § 278 verantwortlich ist. Hierunter fällt auch der unentgeltliche Verwahrer, der nur für culpa in concreto haftet. Es muß also auch dieser für seine Erfüllungsgehilfen haften.

Steht aber fest, daß der Schuldner im Falle der Haftung für culpa in concreto auch für seine Erfüllungsgehilfen eintreten muß, so ist nicht ersichtlich, weshalb der Schuldner, der für culpa lata haftet, von einer Haftung für seine Erfüllungsgehilfen befreit sein soll.[3]

5. Die analoge Anwendung des § 278 auf die Fälle des § 254.

Der § 278 BGB. wird in verschiedenen anderen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erwähnt. So

---

[1] s. S. 40 Anm. 1.

[2] Strohal S. 373.

[3] And. A. Dernburg S. 159 f.

haben wir schon die §§ 664 u. 691 BGB. kennen gelernt, die von dem Auftrag und der Verwahrung handeln und bestimmen, daß der Beauftragte bezw. der Verwahrer für das Verschulden eines Gehilfen nach § 278 BGB. verantwortlich ist. Ich möchte hier noch den § 254 BGB. heranziehen, der die analoge Anwendung des § 278 vorschreibt. Dieser Paragraph sei deshalb hier behandelt, weil sich in der Literatur mehrere Streitfragen an ihn knüpfen. § 254 handelt von dem konkurrierenden Verschulden und lautet Abs. 1: „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist".

Abs. 2: „Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlichen hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung".

Zunächst ist es nicht unbestritten, wie weit der § 278 Anwendung findet, ob er sich nur auf den Abs. 2 bezieht, oder ob er sich auch auf den Abs. 1 des § 254 erstreckt. Wenn man die Vorschrift über die entsprechende Anwendung des § 278 rein äußerlich betrachtet, scheint ihre

Stellung dafür zu sprechen, daß § 278 nur auf die Fälle des Abs. 2 analog anzuwenden ist. Dieses muß man aus der Stellung deshalb folgern, weil die Vorschrift als Satz dem Abs. 2 angehängt ist und nicht einen besonderen Absatz bildet. Diese Ansicht[1]) ist auch in der Literatur vertreten. Sie kann aber als die richtige nicht angesehen werden. Vielmehr muß die Vorschrift über die analoge Anwendung des § 278 auch für die Fälle des Abs. 1 gelten. Der Abs. 2 knüpft sich mit den Worten „Dies gilt auch dann" unmittelbar an den Abs. 1 an. Er will das Anwendungsgebiet des Abs. 1 nicht erweitern, sondern nur erläutern. Die ganze Vorschrift des § 254 hätte daher auch zusammengefaßt werden können. Eine Trennung in zwei Absätze war nicht notwendig. Die Vorschrift über die analoge Anwendung des § 278 ist daher auch auf den Abs. 1 zu beziehen.[2]

Das Anwendungsgebiet des § 278 bezüglich der Fälle in § 254 richtet sich danach, wie weit dieser letztere Paragraph zur Anwendung zu bringen ist. Was den Abs. 1 anbetrifft, so ist unbestritten, daß er sich auf alle Fälle einer Ersatzpflicht bezieht, mag sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen, mag sie Verschulden des Verpflichteten voraussetzen oder nicht. Es kann also Abs. 1 auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Verpflichtung zum Schadensersatze auf eine unerlaubte Handlung zurückzu-

---

[1] Cohn S. 118, 125; Feder S. 51.

[2] Planck S. 36; Oertmann S. 46; Staudinger S. 61.

führen ist. Dasselbe gilt, wenn eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden besteht, wie z. B. nach dem Reichshaftpflichtgesetz v. 7. 6. 1871.

Auch bezieht sich der Abs. 2 des § 254 BGB. nicht bloß auf die Fälle, in denen Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages zu leisten ist.[1] Es liegt kein Grund vor, die Vorschrift in dieser Weise einzuschränken. Schuldner im Sinne des Abs. 2 ist schlechthin der Schadensersatzschuldner und nicht etwa bloß der Schuldner eines bestehenden Vertragsverhältnisses.[2] Auch Planck[3] gibt zu, daß der Wortlaut des Abs. 2 eine Beschränkung auf die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit nicht verlange. Dann soll man aber nach dem Satze „lege non distinguente nec nostrum est distinguere“ eine Unterscheidung in das Gesetz nicht hineintragen.

Was soll nun der Satz in § 254 Abs. 2 bedeuten: „Der § 278 findet entsprechende Anwendung“? In der Literatur ist die Ansicht vertreten, § 278 finde nur da Anwendung, wo es sich um Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit handle. So z. B. im folgenden Falle:

Ich bestelle durch meinen Dienstboten einen Wagen für eine bestimmte Stunde; der Wagen trifft nicht recht-

---

[1] So Schollmeyer zu § 254 N. 6a.

[2] Oertmann S. 46; Staudinger S. 60.

[3] S. 34.

zeitig ein, und ich versäume ein Geschäft, wodurch ich Tausende verliere. Der Dienstbote hat bei der Bestellung die ihm aufgegebene Mitteilung von der Höhe des voraussichtlichen Schadens schuldhaft unterlassen. Dann muß ich für die Unterlassung des Dienstboten eintreten; denn nach Treu und Glauben war ich verpflichtet, dem Fuhrherrn die außergewöhnliche Höhe des voraussichtlichen Schadens mitzuteilen.[1]

Die Ansicht, daß bei der Anwendung des § 278 auf die Fälle des § 254 eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit vorliegen müsse, vertritt Endemann.[2] Ihm scheint sich das Reichsgericht anzuschließen. Es sagt nämlich in seiner Entscheidung Bd. 55 S. 331: „Indem das Gesetz die entsprechende Anwendung des § 278 vorschreibt, geht es von der Unterstellung aus, daß der Beschädigte dem Gegner verpflichtet sei, ihn auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, ebenso auch verpflichtet, den Schaden abzuwenden oder zu mindern". Die Ansicht Endemanns kann man sich nur so erklären, daß er, wie wir schon auf S. 14 der vorliegenden Abhandlung gesehen haben, den § 278 nur auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit anwenden will. Dieses ist nicht richtig. § 278 kann man auch anwenden, wenn eine gesetzliche Verbindlichkeit vorliegt. Gegen die Ansicht Endemanns spricht ferner, daß § 278 in den Fällen

---

[1] Schroeder S. 301.

[2] Bd. 1 § 132 Anm. 25.

des § 254 nur eine analoge Anwendung finden soll. Eine Regel analog anwenden heißt aber, sie auf einen ähnlichen Tatbestand anzuwenden; es braucht nicht derselbe Tatbestand, den die Regel gewöhnlich voraussetzt, auch bei der analogen Anwendung der Regel gegeben zu sein. Selbst wenn man Endemann darin folgen würde, daß § 278 nur bei einer rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit anzuwenden ist, so darf man doch bei einer analogen Anwendung des § 278 das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit nicht für erforderlich halten. Ja es ist nicht einmal notwendig, daß überhaupt eine Verbindlichkeit vorliegt. § 278 ist auch in all den Fällen analog anzuwenden, wo der Beschädigte als ordentlicher Mann tätig zu werden pflegt, um den Schaden abzuwenden, und dabei die Hilfe eines Dritten in Anspruch nimmt, z. B. der Beschädigte bedient sich anderer Personen zum Löschen des durch fremde Unvorsichtigkeit entstandenen Brandes. In solchen Fällen kann man nicht sagen, daß dem Ersatzpflichtigen gegenüber eine Verbindlichkeit besteht, und es ist doch § 278 zur Anwendung zu bringen.[1] Ähnlich sagt auch v. Leyden[2]: „Wenn wir den § 278 in den Fällen des § 254 anwenden wollen, so müssen wir unter ‚Erfüllung seiner Verbindlichkeit' entsprechend ein ordnungsmäßiges Verhalten verstehen, d. h. die Anwendung einer dem Normal-

[1] Oertmann S. 47γ.

[2] S. 80.

menschen obliegenden Sorgfalt auf seine Person und sein Vermögen. Die Betätigung dieser Sorgfalt entspricht ‚der Erfüllung der Verbindlichkeit'".

Der Ersatzberechtigte haftet für die Personen, deren er sich zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bedient. Es ist nicht erforderlich, daß die Gehilfen gerade ausschließlich zu den Abwehrmaßregeln hinzugezogen sein müssen.[1] Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht ein. Es sagt: „Keinesfalls darf die Grenze so eng gezogen werden, daß die betreffende Person gerade speziell für die Tätigkeit der Schadensabwendung zugezogen oder doch hiermit besonders beauftragt sein müßte. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Beschädigte sich im Sinne des Gesetzes des anderen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediene, wenn nur dieser andere mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des beschädigten Gutes bestellt war". Dieselbe Ansicht wie das Reichsgericht vertreten auch Planck[2] und Oertmann.[3]

---

[1] RGE. Bd. 55 S. 332.

[2] S. 37.

[3] S. 47.

Vierter Abschnitt.

Die Haftung für Dritte nach § 831 BGB.

Zum Schluß sei auf eine Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hingewiesen, die ebenfalls eine Haftung für Dritte festsetzt. Ich meine den § 831: „Wer einen andern zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde". Diese Bestimmung unterscheidet sich wesentlich von dem behandelten § 278. § 831 erfordert nicht ein bestehendes Schuldverhältnis zwischen dem Besteller und dem Geschädigten. Er sagt ganz allgemein: „Wer einen andern ... bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere ... einem Dritten zufügt".

§ 831 gewährt ferner dem Besteller den Exkulpationsbeweis. Er beruht auf dem Verschuldungsprinzip. Der Besteller haftet nicht, wenn er bei der Auswahl der bestellten Person oder bei Beschaffung der Gerätschaften oder bei der Leitung die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

§ 831 unterscheidet sich ferner von § 278 darin, daß ein Verschulden des Dritten nicht vorzuliegen braucht. Die Haftung tritt ein, sobald der Dritte eine schädigende Handlung begangen hat und den Besteller ein Verschulden trifft. Daß ein Verschulden des Dritten nicht in Betracht kommt, geht auch aus § 840 Abs. 2 hervor, wo es heißt: „Ist neben demjenigen, der nach den §§ 831, 832 zum Ersatze des von einem andern verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zueinander der andere allein verpflichtet". Diese Bestimmung setzt die Möglichkeit voraus, daß der Dritte nicht verantwortlich ist, also nicht schuldhaft gehandelt hat, und doch der Besteller für die schädigende Handlung des Dritten haften muß. So stimmen zwar § 278 u. § 831 BGB. darin überein, daß sie eine Haftung für Dritte festsetzen, sie unterscheiden sich aber, wie angeführt, in wesentlichen Punkten.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.